

## Tilburg University

### Zwijgen in de 21e eeuw

Ligthart, Sjors; Meynen, Gerben

*Published in:*  
Op zoek naar evenwicht

*Publication date:*  
2021

*Document Version*  
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Ligthart, S., & Meynen, G. (2021). Zwijgen in de 21e eeuw: Tijd voor herbezinning op het recht tegen zelfincriminatie? In T. Kooijmans, J. Ouwerkerk, C. Rijken, & J. Simmelink (Eds.), *Op zoek naar evenwicht : Liber amicorum Marc Groenhuijsen* (pp. 501-512). Wolters Kluwer.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Zwijgen in de 21<sup>e</sup> eeuw: tijd voor herbezinning op het recht tegen zelfincriminatie?

Sjors Ligthart & Gerben Meynen

## 1. Inleiding

In het onderzoeksproject Strafvordering 2001 is door verschillende auteurs aandacht besteed aan de normering van ons strafprocesrecht door het *nemo tenetur*-beginsel ex artikel 6 EVRM. Zo gaan Groenhuijsen en Knigge in op de rechtvaardiging van dit beginsel. Zij vragen zich onder meer af of de impliciete ratio van respect voor menselijke waardigheid en autonomie stevig genoeg is om de absolute claim te dragen dat verdachten volledig vrij moeten zijn in het bepalen van de processtrategie.<sup>1</sup> Het is precies deze vraag die ook ons, zo'n twintig jaren later, interesseert en aanleiding geeft tot nader onderzoek.

In twintig jaar is veel veranderd. Zo zijn het onderzoek aan smartphones en het analyseren van Internetgedrag inmiddels niet meer weg te denken uit het opsporingsonderzoek, en lijken ook andere, zich snel ontwikkelende technologieën zoals *virtual reality* in de nabije toekomst hun intrede te doen in het strafproces.<sup>2</sup> Tevens zijn de mogelijkheden en beperkingen van hersenscans in het straf(proces)recht onderwerp van nationale en internationale discussie.<sup>3</sup> Maar met de introductie van nieuwe technologieën in het strafproces ontstaan ook nieuwe rechtsvragen, onder meer ten aanzien van het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM.<sup>4</sup> Naast vragen over de precieze uitwerking van staande rechtspraak en dogmatiek op nieuwe technologische onderzoeksmethoden, roept de inzet van zulke methoden ook vragen op over de duurzaamheid van fundamentele rechtsnormen.<sup>5</sup> In deze bijdrage staat de duurzaamheid van het recht tegen zelfincriminatie centraal.

De opzet is als volgt. Paragraaf 2 bespreekt beknopt de wijze waarop zwijgende verdachten door de jaren heen zijn en (kunnen) worden benaderd door de onderzoekende autoriteiten teneinde de door hen gezochte informatie (toch) te verkrijgen. Paragraaf 3 zoomt in op de kern en ratio van het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM, waarna in paragraaf 4 de toekomstbestendigheid van dit recht aan bod komt. Paragraaf 5 sluit af.

## 2. Zwijgen in het strafproces: verleden, heden en toekomst

---

<sup>1</sup> M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Afronding en verantwoording. Algemeen deel', in M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 51.

<sup>2</sup> Zie o.a. Commissie-Koops, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018; L.J.M. Cornet, A.L. den Besten & J.L. van Gelder, *Virtual reality en augmented reality in justitiële context*, Universiteit van Twente 2019. Zie ook [www.nos.nl](http://www.nos.nl), 'Primeur: virtual reality tijdens rechtszaken' (16 mei 2018).

<sup>3</sup> Zie o.a. K. De Kogel e.a. 'Inleiding themanummer 'Neurolaw in Nederland' *NJB* 88/2612, p. 130-3131; S.J. Morse & A.L. Roskies (red.), *A primer on criminal law and neuroscience*, NY: OUP 2013; G. Meynen, 'Neuroscience-based Psychiatric Assessments of Criminal Responsibility: Beyond self-report?' *Camb Q Healthc Ethic* 2020, 29, p. 446-458.

<sup>4</sup> Zie o.a. K. Rozemond, 'Het DNA-onderzoek in strafzaken en het nemo-teneturbeginsel', *NJB* 1992, p. 125-132; A. Bood, 'Geef ze een vinger... Gedwongen ontgrendeling van een smartphone en het nemo tenetur-beginsel', *NJB* 2018/1880, p. 2744-2748; S.L.T.J. Ligthart, T. Kooijmans & G. Meynen, 'Neurotests in de Nederlandse strafrechtspleging: een verkenning van juridische mogelijkheden en uitdagingen', *DD* 2017/56, p. 579-603.

<sup>5</sup> Zie bijv. S. Ligthart e.a., 'Forensic brain-reading and mental privacy in European human rights law: Foundations and challenges', *Neuroethics* 2020 (online first).

Zoals de titel van Myjers preadvies *Van duimschroef naar bloedproef* beeldend uitdrukt,<sup>6</sup> is door de jaren heen een verscheidenheid aan methoden ingezet om het zwijgen van verdachten te doorbreken of te omzeilen met het oog op het verkrijgen van belastend bewijsmateriaal.

Meest bekend en gevreesd in dit verband is wellicht het gebruik van tortuur, aanvankelijk met methoden zoals de pijnbank, uit weerzin waartegen het *nemo tenetur*-beginsel ontstond (zo wordt althans vermoed).<sup>7</sup> Na afschaffing van de pijnbank in Nederland in 1798,<sup>8</sup> werd het verkrijgen van zelfbelastende informatie onder meer beoogd door middel van een wettelijke antwoordplicht, welke in 1886 werd geschrapt.<sup>9</sup> Met de invoering van het zwijgrecht in 1926 bleef de centrale positie van het verdachtenverhoor weliswaar gehandhaafd, maar dienden excessen in de vorm van dwang te worden voorkomen.<sup>10</sup> Hiermee ontstond de noodzaak om subtielere middelen in te zetten teneinde verdachten aan de praat te krijgen. Voorbeelden uit wet en jurisprudentie betreffen het ophouden voor onderzoek en de inverzekeringstelling,<sup>11</sup> alsmede de juridische mogelijkheid om het zwijgen van verdachten in bepaalde gevallen te betrekken in de bewijsoverweging.<sup>12</sup> Ook bekend zijn positionele methoden zoals urenlange verhoren,<sup>13</sup> de Zaanse verhoormethode<sup>14</sup> en de Mr. Big-methode.<sup>15</sup>

Naast methoden die ertoe strekken het zwijgen van verdachten te *doorbreken*, bieden voortschrijdende inzichten in wetenschap en technologie een zich uitbreidend arsenaal aan middelen die het zwijgen beogen te *omzeilen*. Bekend zijn onder meer de blaastest, bloedproef en speekseltest in het kader van alcohol- en drugsonderzoek, alsmede de ontwikkelingen rondom DNA die het bijvoorbeeld mogelijk maken om verdachtes aanwezigheid op de plaats delict vast te stellen zonder dat hij daarover maar een woord hoeft te verklaren. Recentelijk ontwikkelden zich ook digitale opsporingsmethoden die informatie van en over verdachten achterhalen zonder dat daarbij gesproken wordt,<sup>16</sup> zoals het ontgrendelen van gegevensdragers via biometrische herkenning<sup>17</sup> en het gebruik van artificiële intelligentie, zoals *webcrawlers* die zelfstandig (persoonlijke) uitlatingen op internet detecteren.<sup>18</sup>

Ook vanuit de neurowetenschap zijn er ontwikkelingen die in de nabije toekomst relevant kunnen zijn voor het strafrecht.<sup>19</sup> Zo wordt onderzoek gedaan naar de mogelijkheden om met *brain-imaging* voor het strafrecht relevante informatie te detecteren in het brein van verdachten. Eén van de onderzoekslijnen

---

<sup>6</sup> E. Myjer, *Van Duimschroef naar bloedproef*, Preadvies NVVR, Deventer: Kluwer 1978.

<sup>7</sup> Th. W. van Veen, 'Sprakplicht en zwijgrecht', *DD* 1979, afl. 12, p. 689; A.W. Alschuler, 'A Peculiar Privilege in Historical Perspective', in R.H. Helmolz e.a. (red.), *The Privilege Against Self-Incrimination: Its Origins and development*, Chicago: The University of Chicago Press 1997, p. 190-192.

<sup>8</sup> Artikel 36 van De Staatsregeling 1798.

<sup>9</sup> L. Stevens, *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Tilburg), Nijmegen: WLP 2005, p. 41-42.

<sup>10</sup> Idem, p. 43-46.

<sup>11</sup> Die beide een gunstige verhoorsituatie creëren: G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 323.

<sup>12</sup> HR 15 juni 2004, *NJ* 2004/464; EHRM (GK) 28 oktober 1994, appl.no. 14310/88 (*Murray/VK*).

<sup>13</sup> Zoals in de Villamoord-zaak.

<sup>14</sup> HR 13 mei 1997, *NJ* 1998/152, m.nt. Schalken; EHRM 14 maart 2000, appl.no. 39195/98 (*Jager/Nederland*).

<sup>15</sup> HR 17 december 2019, *NJ* 2020/216 en 217, m.nt. Kooijmans.

<sup>16</sup> Rapport Commissie-Koops 2018.

<sup>17</sup> Bood 2018; L. Stevens, 'Gedwongen biometrische toegangsverschaffing is niet in strijd met nemo tenetur', *NJB* 2019/315, p. 400-403; Conclusie F.W. Bleichrodt, 13 oktober 2020, ECLI:NL:PHR:2020:927.

<sup>18</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 31839 en 28638, 500, p. 5.

<sup>19</sup> Zie hierover en over wat volgt G. Meynen, *Neurorecht: hoop of hersenschim?*, Den Haag: BoomJuridisch 2020.

richt zich op het detecteren van *herkenning*.<sup>20</sup> Zo kan met een EEG (elektro-encefalogram) een specifiek hersensignaal worden gedetecteerd dat (ongeveer) 300 milliseconde na een ‘betekenisvolle’ stimulus optreedt: de P300. Als zo’n signaal in sterke mate optreedt, is dat een aanwijzing dat de (proef)persoon zojuist iets zag of hoorde wat een bijzondere betekenis voor hem heeft. In de praktijk betekent dit vaak dat de persoon de stimulus *herkent*. Volgens onderzoekers is dit type test niet alleen valide, maar ook ‘*highly accurate in differentiating between knowledgeable and unknowledgeable individuals*’.<sup>21</sup>

Het identificeren van herkenning kan interessant zijn om daderkennis te achterhalen. Stel dat op een plaats delict een mes, een helm en een scooter gevonden zijn. Er is iemand aangehouden die op camerabeelden te zien is in de buurt van de plaats delict, maar of deze verdachte daadwerkelijk iets met het misdrijf te maken heeft, is nog onduidelijk. We laten de verdachte vijf foto’s van messen zien terwijl we zijn P300-reacties meten: bij het waarnemen van de foto van het op de plaats delict gevonden mes blijkt verdachtes P300 het sterkst. Hetzelfde resultaat treedt op bij het tonen van vijf helmen en vijf scooters: de P300 is telkens het sterkst bij de relevante afbeelding. Bewijst dit dat verdachte inderdaad de dader van het misdrijf is? Nee, dat gaat te snel. Maar de verkregen informatie kan wel aanleiding zijn voor de politie om nader onderzoek te doen naar de verdachte. Deze en vergelijkbare vormen van (neuro)fysiologische ‘herkenningsdetectie’ speelden al een rol in strafrechtelijke procedures in onder meer Italië, Japan, de VS en India.<sup>22</sup> Overigens, het afnemen van een P300-meting kost even tijd, maar is niet pijnlijk. Daarbij richt het geen schade aan, het is in die zin een veilige meting.

Een andere onderzoekslijn richt zich op de wijze waarop neurotechnologie, zoals *brain-imaging*, kan bijdragen aan de verbetering van risicotaxatie met betrekking tot recidive. Bij het opleggen van strafrechtelijke sancties kan verdachtes recidiverisico een (belangrijke) rol spelen. Vooralsnog blijkt het inschatten van dit risico – ook met gebruikmaking van risicotaxatie-instrumenten – lastig.<sup>23</sup> Interessant is daarom dat neurowetenschappelijk onderzoek liet zien dat het mogelijk was om te voorspellen of gedetineerden (n= 96) vier jaar na hun vrijlating opnieuw gearresteerd zouden worden. De voorspelling was weliswaar niet perfect, maar duidelijk beter dan kans.<sup>24</sup> Recenter is in Zweden onderzoek uitgevoerd in een forensisch psychiatrische populatie.<sup>25</sup> Hierbij werd informatie uit hersenscans toegevoegd aan de gangbare risicobepaling met risicofactoren (zoals justitiële voorgeschiedenis). De onderzoekers vonden dat toevoeging van de gegevens uit hersenscans leidde tot een betere voorspelling (van 0.64 naar 0.82). De hierbij gebruikte beeldvormende techniek – SPECT<sup>26</sup> – is meer belastend dan EEG of fMRI. Er wordt

---

<sup>20</sup> J.P. Rosenfeld (red.), *Detecting Concealed Information and Deception: Recent Developments*, London: Academic Press 2018; B. Verschuere, G. Ben-Shakhar & E. Meijer (red.), *Memory Detection: Theory and Application of the Concealed Information Test*, NY: CUP 2011. Zie over P300 in het strafrecht ook D.A.G. van Toor, *Het schuldige geheugen?* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

<sup>21</sup> E.H. Meijer e.a., ‘Memory detection with the Concealed Information Test: A meta-analysis of skin conductance, respiration heart rate and P300 data’, *Psychophysiology* 2014,51, p.81.

<sup>22</sup> P. Ferrua, ‘Neuroscientific Evidence and Criminal Trial’, in A. D’Aloia & M. C. Errigo (red.), *Neuroscience and Law: Complicated Crossings and New Perspectives*, Switzerland: SpringerNature 2020; A. Osugi, ‘Daily application of the CIT in Japan’, in Verschuere, Ben-Shakhar & Meijer 2011; L.A. Farwell, ‘Brain fingerprinting: a comprehensive tutorial review of detection of concealed information with event-related brain potentials’, *Cogn Neurodynamics* 2012,6, p. 132-133; L.M. Gaudet, Brain fingerprinting, scientific evidence, and *Daubert*: a cautionary lesson from India’, *Jurimetrics* 2011,51.

<sup>23</sup> T. Douglas et al. ‘Risk assessment tools in criminal justice and forensic psychiatry: The need for better data’, *Eur Psychiatry* 2017,42, p. 134-137.

<sup>24</sup> E. Aharoni e.a., ‘Neuroprediction of future rearrest’, *PNAS* 2013,110(15), p. 6223-6228.

<sup>25</sup> C. Delfin e.a., ‘Prediction of recidivism in a long-term follow-up of forensic psychiatric patients: Incremental effects of neuroimaging data’, *PLoS ONE* 2019.

<sup>26</sup> *Single Photon Emission Computed Tomography*.

namelijk radioactieve contrastvloeistof geïnjecteerd om de metingen te kunnen verrichten. Hoewel nader onderzoek zeker nodig is, acht het Ministerie van Justitie en Veiligheid neurowetenschappelijke toepassingen veelbelovend, onder meer om huidige risicotaxatie-instrumenten te verrijken.<sup>27</sup>

Een andere technologie die wellicht mogelijkheden biedt om in de toekomst meer te weten te komen over recidiverisico zonder dat de verdachte daarbij hoeft te spreken, is *virtual reality* (VR). Onlangs zette de Universiteit Twente, in opdracht van het Ministerie van Justitie en Veiligheid, mogelijkheden van VR voor justitie op een rij. Eén van de pijlers betreft het verbeteren van risicotaxatie.<sup>28</sup> Een voordeel van VR in dit verband is dat het de mogelijkheid biedt om het gedrag van de betrokkene rechtstreeks te observeren in een gesimuleerde situatie die lijkt op de werkelijkheid. Dit staat nog in de kinderschoenen, maar de ontwikkelingen rond VR zijn de afgelopen jaren in een stroomversnelling geraakt, waarbij ook nieuwe toepassingen, bijvoorbeeld in de geestelijke gezondheidszorg, zijn ontstaan.<sup>29</sup> Hoe belastend is het mee te doen aan zo'n VR-scenario? Er zijn geen injecties of radioactiviteit in het spel, maar het kan, afhankelijk ook van het scenario, psychische belasting met zich brengen.

### 3. Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM: kern en ratio

Hoewel het zwijgrecht en het recht tegen zelfincriminatie niet als zodanig worden erkend in artikel 6 EVRM, maken zij volgens het EHRM deel uit van de kern van het recht op een eerlijk proces.<sup>30</sup> In *Ibrahim e.a./VK* zet de Grote Kamer de algemene uitgangspunten uiteen:

*'The right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent and presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused.'*<sup>31</sup>

Volgens de Grote Kamer strekt het recht tegen zelfincriminatie aldus primair tot het respecteren van de wil van verdachten om te zwijgen.<sup>32</sup> Het beschermt de *keuzevrijheid* om wel of geen zelfbelastende informatie te verstrekken.<sup>33</sup> Zoals Martens het verwoordt in *Saunders/VK*, behelst het recht tegen zelfincriminatie het recht om niet gedwongen te worden zelfbelastend bewijsmateriaal te *produceren*.<sup>34</sup> Het openbaar ministerie moet zelf de beschuldigingen bewijzen en de daarvoor benodigde bewijsmiddelen vergaren, zonder gebruikmaking van bewijsmiddelen die zijn verkregen door dwang of druk in strijd met verdachtes wil om niet mee te werken.<sup>35</sup> De nadruk ligt hierbij op de bescherming tegen bewijsvergaring met behulp van

---

<sup>27</sup> Kamerstukken II 2016/17, 28741, 32.

<sup>28</sup> Cornet, Den Besten & Van Gelder 2019.

<sup>29</sup> Zie bijvoorbeeld S. Klein Tunte, *Understanding aggression and treating forensic psychiatric inpatients with Virtual Reality* (diss. Groningen), Universiteit Groningen 2020; S. Ligthart, G. Meynen, N. Biller-Andorno, T. Kooijmans & P. Kellmeyer, 'Is Virtually Everything Possible? The Relevance of Ethics and Human Rights for Introducing Extended Reality in Forensic Psychiatry', *AJOB Neuroscience* 2021 (geaccepteerd).

<sup>30</sup> EHRM (GK) 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09 (*Ibrahim e.a./VK*), par. 266

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 89; J.D. Jackson & S.J. Summers, *The Internationalization of Criminal Evidence*, NY: CUP 2012, p. 266.

<sup>33</sup> EHRM 5 november 2002, appl.no. 48539/99 (*Allan/VK*), par. 50.

<sup>34</sup> Dissenting opinion Martens, EHRM (GK) 17 december 1996, appl.no. 19187/91 (*Saunders/UK*), onder 4.

<sup>35</sup> S. Lamberigts, 'The Privilege against Self-incrimination: A Chameleon of Criminal Procedure', *NJECL* 2016,7(4), p. 425-426.

dwang op een wijze die de wil van de verdachte om niet mee te werken niet respecteert.<sup>36</sup> In de woorden van Redmayne: ‘*the privilege is means, and not material based: it protects us from being placed under a duty to cooperate.*’<sup>37</sup> In deze benadering is het recht tegen zelfincriminatie in beginsel niet van toepassing op informatie die onafhankelijk van verdachtes wil – dat wil zeggen: zonder diens medewerking – kan worden verkregen.<sup>38</sup> Zo is *nemo tenetur* in principe niet van toepassing op de gedwongen afname van bloed, een vingerafdruk, of het automatisch opsporen van uitlatingen op Internet. Maar het zou wel van toepassing kunnen zijn op de plicht actief te participeren in een VR-scenario of om een testje uit te voeren terwijl hersenactiviteit gemeten wordt.

De ratio van het *nemo tenetur*-beginsel ligt volgens het EHRM met name in (1) het tegengaan van ongeoorloofde dwang en (2) het voorkomen van onterechte veroordelingen.<sup>39</sup> Daarnaast bestaat in de literatuur min of meer consensus over een derde (impliciete) ratio: (3) verdachtes procesautonomie.<sup>40</sup> Over welke rechtsgrond het meest prominent geldt, is discussie. Koops en Stevens suggereren dat de rechtsgronden met elkaar samenhangen en in verschillende zaken in verschillende mate zichtbaar worden.<sup>41</sup> We zoomen hieronder kort in op elk van de drie genoemde pijlers.

*1. Tegengaan ongeoorloofde dwang.* Volgens Koops en Stevens verbindt deze pijler *nemo tenetur* vanuit historisch oogpunt met het verbod op foltering.<sup>42</sup> Zoals genoemd in paragraaf 2 wordt vermoed dat het *nemo tenetur*-beginsel is ontstaan uit weerzin tegen het gebruik van tortuur als drukmiddel. Volgens Van Veen beoogt het zwijgrecht dan ook te voorkomen dat verdachten de duimschroeven worden aangezet.<sup>43</sup>

Een voorbeeld van een schending van het *nemo tenetur*-beginsel overwegend vanwege de aard en mate van dwang, biedt de zaak *Jalloh/Duitsland*,<sup>44</sup> waarin aan klager onder dwang braakmiddel werd toegediend via een door zijn neus ingebrachte tube, ter verkrijging van een ingeslikt bolletje cocaïne. Het EHRM kwalificeert deze medische ingreep als een onmenselijke behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. Daarnaast leverde het ook een schending van het recht tegen zelfincriminatie op, waarbij het EHRM veel waarde hecht aan het feit dat de toegepaste dwang significant verder ging dan gebruikelijk voor verkrijging van wilsonafhankelijke informatie, zoals haar, bloed en lichaamsweefsel, waarbij normaliter slechts een geringe inmenging in de fysieke integriteit plaatsvindt. Bovendien ging de gehanteerde procedure gepaard met serieuze gezondheidsrisico’s, vormde zij een schending van 3 EVRM en speelde de verkregen informatie een beslissende rol in het bewijs.<sup>45</sup> Hoewel Straatsburgse uitspraken zoals *Jalloh*, waarin de

---

<sup>36</sup> M.J. Borgers & T. Kooijmans, ‘De onderzoeksfase: toezicht, controle en opsporing’, in F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 592.

<sup>37</sup> M. Redmayne, ‘Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination’, *Oxf. J. Leg. Stud.* 2007, 27(2), p. 225.

<sup>38</sup> EHRM (GK) 17 december 1996, appl.no. 19187/91 (*Saunders/UK*), § 69. Zie nader S.L.T.J. Ligthart, ‘Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM’, *DD* 2019/16, p. 216-234.

<sup>39</sup> *Ibrahim e.a./VK*, par. 266.

<sup>40</sup> Zie o.a. Redmayne 2007, p. 225; A. Ashworth, ‘Self-incrimination in European Human Rights Law – A Pregnant Pragmatism?’, *Cardozo Law Rev.* 2008, 30, p. 767-768; E.J. Koops & L. Stevens, ‘J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond *nemo tenetur*’, *DD* 2003(3), p. 286-287. Zie ook Martens in *Saunders/VK*, onder 9; *Allan/VK*, par. 50.

<sup>41</sup> Koops & Stevens 2003, p. 287

<sup>42</sup> *Idem*.

<sup>43</sup> Van Veen 1979, p. 689.

<sup>44</sup> Zie ook L. Stevens, ‘Het *nemo-tenetur*beginsel als containerbegrip? Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het *Jalloh*-arrest’, *DD* 2007/54, p. 693.

<sup>45</sup> EHRM (GK) 11 juli 2006, appl.no. 54810/00 (*Jalloh/Duitsland*), § 110-123.

ongoorloofde aard en mate van dwang beslissend lijken, schaars zijn, beschouwt het EHRM dit type zaken als een opzichzelfstaande categorie:

*‘The Court, through its case-law, has identified at least three kinds of situations which give rise to concerns as to improper compulsion in breach of Article 6. (...) The second is where physical or psychological pressure, often in the form of treatment which breaches Article 3 of the Convention, is applied to obtain real evidence or statements.’<sup>46</sup>*

2. *Voorkomen onterechte veroordelingen.* Deze gedachte komt voort uit het belang van materiële waarheidsvinding. Dit wordt bedreigd als verdachten worden gedwongen mee te werken aan het leveren van bewijsmateriaal.<sup>47</sup> Toepassing van dwang om bepaalde informatie te verkrijgen, kan ertoe leiden dat verdachten precies die informatie aanleveren die de verhorende autoriteiten graag zien, in de hoop de negatieve gevolgen waarmee wordt bedreigd te ontlopen.<sup>48</sup> Dit kan uiteindelijk leiden tot gerechtelijke dwalingen.

3. *Procesautonomie.* Zoals Martens stelt, komt deze ratio voort uit de gedachte dat *‘every suspect should be completely free to decide which attitude he will adopt with respect to the criminal charges against him. On this view it would be improper, because incompatible with such respect, to compel an accused to cooperate in whatever way in bringing about his own conviction.’*<sup>49</sup> Deze gedachte sluit naadloos aan bij de overwegingen van het EHRM dat het recht tegen zelfincriminatie primair strekt tot het respecteren van de wil van de verdachte om geen informatie te verschaffen; dat het verdachtes keuzevrijheid beschermt om al dan niet te zwijgen; en dat het openbaar ministerie zelfstandig bewijsmateriaal moet verzamelen, zonder de wil van de verdachte om hieraan niet mee te werken te minachten.<sup>50</sup>

In de volgende paragraaf gaan we in op de vraag of en, zo ja, in hoeverre de hier besproken rechtsgronden hun geldigheid behouden ten aanzien van de gedwongen toepassing van nieuwe en toekomstige onderzoeksmethoden.

#### 4. Tijd voor herbezinning?

Waarom zouden nieuwe technologieën zoals *brain-imaging* aanleiding kunnen geven tot herbezinning op een beginsel – *nemo tenetur* – dat zo stevig in onze rechtscultuur verankerd is? De reden is dat, uitzonderingen daargelaten, de eerste twee ratio’s niet of minder sterk gelden ten aanzien van het toepassen van dergelijke technieken met juridische dwang.<sup>51</sup>

Kijken we naar de eerste ratio, het tegengaan van ernstige vormen van dwang, zoals tortuur, dan stellen we vast dat de hierboven beschreven technologieën op zichzelf weinig belastend zijn. Voor een EEG worden slechts enkele plakkers op het hoofd aangebracht en voor een fMRI moet de betrokkene tijdens de testperiode stilliggen in een krappe, lawaaierige ruimte. Beide methoden zijn, in het algemeen, niet invasief

---

<sup>46</sup> *Ibrahim e.a./VK*, § 267.

<sup>47</sup> Koops & Stevens 2003, p. 287.

<sup>48</sup> Vgl. EHRM 17 januari 2012, appl.no. 8139/09 (*Othman (Abu Qatada)/VK*), § 264, 267.

<sup>49</sup> Martens in *Saunders/VK*, onder 9. Vgl. Koops & Stevens 2003, p. 287.

<sup>50</sup> Vgl. Lamberigts 2016, p. 428.

<sup>51</sup> Het gebruik van fysieke dwang zal doorgaans weinig effectief zijn in dit kader, omdat onderzoekstechnieken die vallen onder de reikwijdte van *nemo tenetur* in principe actieve participatie van de betrokkene vergen.

noch schadelijk voor de gezondheid. Bij de genoemde SPECT-scan ligt dit iets anders: hierbij is sprake van injectie met radioactieve contrastvloeistof. Ook VR is fysiek niet belastend, maar scenario's in een virtuele wereld kunnen wel psychologische belasting geven omdat zij betrekking hebben op kwetsbaarheden van de betrokkene. In ieder geval komt de (minimale) belasting van dergelijke technologieën doorgaans niet in buurt bij het type dwang waartegen *nemo tenetur* volgens de eerste pijler beschermt (denk aan *Jalloh* en de pijnbank).

Wat betreft de tweede ratio, de betrouwbaarheid, zien we dat de besproken technologie niet strekt tot het *doorbreken* van verdachtes wil om informatie niet te verschaffen (waardoor deze *onjuiste* informatie zou kunnen geven). Het gaat er juist om die onwil te *omzeilen*. Sterker, de technologieën gaan 'rechtstreeks' op de gezochte informatie af, en zijn daarbij niet langer aangewezen op wat de verdachte – al dan niet naar waarheid – zelf in woord of geschrift communiceert. Daarmee verschaft de technologie in feite een objectieve(re) methode om de gezochte informatie te verkrijgen, hetgeen de betrouwbaarheid van die informatie juist zou kunnen *vergroten* in vergelijking met een mondelinge of schriftelijke verklaring. Mogelijk is in de toekomst met (zoiets als) een P300-test betrouwbaarder dan nu vast te stellen in hoeverre de verdachte écht niets afweet van het ten laste gelegde delict. Hetzelfde geldt voor risicotaxatie met *brain-imaging* of VR. Zoals we hierboven zagen beogen deze technieken de inschatting van recidive *nauwkeuriger* te maken. Kortom, gedwongen inzet van dergelijke technologieën – mits valide en accuraat – zal in het algemeen niet hoeven afdoen aan de betrouwbaarheid van de te verkrijgen informatie.<sup>52</sup> Mogelijk wordt die informatie juist betrouwbaarder.<sup>53</sup>

Dit alles zou kunnen betekenen dat ten aanzien van de inzet van bepaalde nieuwe technologieën de eerste twee pijlers van *nemo tenetur* wegvallen of vervagen. Natuurlijk is over het voorgaande meer te zeggen – en meer onderzoek is zeker nodig – maar dit suggereert dat *nemo tenetur* in die gevallen waarin deze technieken aan de orde zijn, structureel op slechts één ratio komt te rusten: de procesautonomie. En daarmee komt de vraag op: is enkel deze ratio stevig genoeg om overtuigend te beargumenteren dat de gedwongen inzet van bepaalde onderzoeksmethoden inbreuk maakt op *nemo tenetur*? Groenhuijsen en Knigge vroegen het zich ook al af: hoeveel gewicht willen en kunnen we toekennen aan de derde impliciete pijler van *nemo tenetur*?<sup>54</sup>

Volgens Martens, met instemming van Groenhuijsen en Knigge,<sup>55</sup> moet dat gewicht niet worden overschat.<sup>56</sup> Met het oog op criminaliteitsbestrijding moet het mogelijk zijn, en dat is het ook, om verdachten tot op zekere hoogte te dwingen bepaalde informatie aan te leveren.<sup>57</sup> Denk aan verplichte Osloconfrontaties, biometrische ontgrendeling van smartphones en blaastests. Kennelijk weegt de inbreuk op de procesautonomie in die gevallen niet zwaar genoeg om de strikte bescherming van *nemo tenetur* te laten werken.

Andere posities zijn ook denkbaar. Zo bepleit Van Toor ten aanzien van de P300-test om elke verkrijging van niet eerder geopenbaarde persoonlijke informatie, die normaliter alleen kan worden verkregen als de verdachte spreekt, te beschouwen als een verklaring, zodat de waarde van het zwijgrecht en daarmee ook de autonome keuze in het proces intact blijft.<sup>58</sup> Ook hiervoor valt iets te zeggen. Anders

---

<sup>52</sup> Vgl. L.S.E. Hinrichs, *Kijken in het brein van de verdachte* (MA thesis), Utrecht 2019, par. 4.2.1-4.2.2.

<sup>53</sup> Vanzelfsprekend geldt: het betreft hier toekomstige ontwikkelingen, en de toekomst is altijd ongewis. Zie ook Meynen 2020, p. 452.

<sup>54</sup> Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 51.

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> Martens in *Saunders/VK*, onder 10.

<sup>57</sup> Vgl. Hinrichs 2019.

<sup>58</sup> Van Toor 2017, p. 437.



zou justitie met allerlei technologische snufjes zomaar toegang kunnen krijgen tot persoonlijke informatie, zoals emoties en gedachten. Maar horen dergelijke overwegingen nu typisch thuis bij *nemo tenetur*? Of knopen zij in feite vooral aan bij privacy en de vrijheid om allerlei informatie (niet) te delen zoals geregeld in artikel 8 en 10 EVRM? En wat maakt het belang om persoonlijke informatie zelf te beheren zo zwaarwegend dat het in het strafproces extra bescherming verdient van *nemo tenetur*? Zoals Jackson en Summers zich afvragen: *‘persons are protected in the criminal process, although not in an absolute way, by a right to privacy and (...) arguably under Article 10 by a general right of silence. So what is it that justifies the additional protection from being required to incriminate oneself within the criminal process?’*<sup>59</sup> Of de procesautonomie van verdachten hier een afdoende antwoord biedt, is een vraag die in het licht van de technologische ontwikkelingen naar ons idee aan urgentie wint. Meer onderzoek is dan ook wenselijk.

## 5. Besluit

De technologie staat niet stil, ook niet in het strafrecht. Van duimschroef naar bloedproef, via onderzoek aan smartphones naar VR en mogelijk hersenscans. De introductie van nieuwe onderzoeksmethoden in het strafproces roept nieuwe rechtsvragen op. In deze bijdrage verkenden we of nieuwe technologische ontwikkelingen aanleiding kunnen geven tot herbezinning op het recht tegen zelfincriminatie. We betoogden dat de toepassing van *nemo tenetur* op bepaalde technologische onderzoeksmethoden in de nabije toekomst zal rusten op slechts één ratio: de procesautonomie. De vraag is, in lijn met Groenhuijsen en Knigge, in hoeverre (enkel) deze ratio het dwingende *nemo tenetur*-beginsel kan dragen.

---

<sup>59</sup> Jackson & Summers 2012, p. 268.